

Antonio Jiménez-Blanco

Letrado de las Cortes Generales (exced.)
Profesor Titular de Derecho Administrativo

Silencio administrativo: un análisis de jurisprudencia

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. SILENCIO NEGATIVO: A) Naturaleza y sentido. B) Su carácter de ficción legal de efectos sólo procesales. C) La primera alternativa: la desestimación presunta. D) La segunda alternativa: esperar resolución expresa. E) El problema de las resoluciones tardías. F) El retraso de la Administración en resolver y su sanción. III. SILENCIO POSITIVO: A) Naturaleza y sentido. B) Su condición de acto: el alcance revocatorio de la denegación expresa posterior. C) Normativa aplicable y requisitos. D) Las licencias municipales. E) Los Planes de Urbanismo. F) Los plazos legales. G) El contenido del acto obtenido por silencio. IV. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCION

Pretenden las presentes páginas analizar las líneas esenciales de la jurisprudencia del TS sobre el silencio administrativo. Llegando hasta las fechas más recientes, se hacen arrancar del año 1977, esto es, el período inmediatamente anterior a la Constitución. Puede adelantarse ya, sin ánimo, como es obvio, de descalificación global, que la indicada jurisprudencia constituye una formidable muestra de genuflexión ante el poder y también y sobre todo, una paladina expresión de que nuestro más alto Tribunal considera la vida jurídica (y, por ende, la socio-económica que le subyace) *sub specie aeternitatis*, es decir, sin tener en cuenta en su debida medida la extraordinaria importancia que, en el tráfico, tiene por sí el valor «tiempo». A lo largo de este trabajo se documentará todo ello.

De acuerdo con la lógica y con lo que es usual en los expositores de la institución, trataremos por separado el silencio negativo y el positivo.

II. SILENCIO NEGATIVO

A) *Naturaleza y sentido*

Se sabe que la institución del silencio negativo fue introducida en nuestro Ordenamiento con fines de garantía; se trataba de impedir que, en base al carácter revisor de la jurisdicción, la inactividad de la Administración embotara el enjuiciamiento por aquélla de los derechos e intereses en conflicto entre el poder y el ciudadano. Tan laudable propósito, sin embargo, no es hoy el único que está siempre en la realidad de las cosas: la experiencia es rica en supuestos en que la inactividad de la Administración se explica por la pura desidia o, peor aún, y sobre todo cuando de reclamaciones económicas se trata, por la conveniencia administrativa de demorar el reconocimiento y la liquidación del eventual débito. De algunos de esos supuestos patológicos, como es natural, ha conocido y conoce la jurisprudencia, que sin embargo, y en lo que hace a los reproches, no ha pasado de los meros tirones de orejas. Así, la sentencia de 31 de marzo de 1979 (1556) trae causa de un supuesto en que la Administración se abstuvo de resolver en plazo para luego notificar en forma que la petición había sido desestimada por silencio; pues bien, los términos utilizados frente a tan maliciosa conducta son los siguientes:

«Dicha comunicación lo que hace, y lo hace de modo válido por cuanto el Alcalde representa válidamente a la Corporación a los efectos del artículo 116, apartados b) y g) de la Ley de Régimen Local, es “notificar” al contratista que su petición ha quedado denegada por la Corporación en virtud del silencio administrativo. Tiene, pues, el valor de una notificación, y aunque la existencia de la denegación tácita por silencio hubiera podido inferirse por el interesado, por el mero transcurso del tiempo y sin advertencia alguna, desde el momento en que hay un acto expreso de notificación advirtiendo los efectos denegatorios del silencio ya consumado, que al propio tiempo viene, en cierto modo, a anunciar que la Administración, aun con manifiesto incumplimiento, puede abstenerse de resolver expresamente, se abre para el interesado de un modo seguro y cierto un plazo a partir del cual puede actuar jurídicamente en defensa de sus derechos.»

Extraordinariamente comprensiva se muestra también la sentencia de 24 de noviembre de 1978 (4311), que señala que el silencio supone la ficción de la existencia de una voluntad,

«donde no ha existido más que una simple pasividad, de la que a veces no es ajeno cierto tipo de picaresca burocrática.»

B) *Su carácter de ficción legal de efectos sólo procesales*

La regulación legal del silencio negativo se contiene en el artículo 94 LPA, que dice así:

«1. Cuando se formulase alguna petición ante la Administración y ésta no notificase su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá denunciar la mora y, transcurridos tres meses desde la denuncia, podrá considerar desestimada su petición, al efecto de deducir frente a esta denegación presunta el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición.

2. Igual facultad de opción asistirá, sin necesidad de denunciar la mora, al interesado que hubiere interpuesto cualquier recurso administrativo, entendiéndose entonces producida su desestimación presunta por el mero transcurso del plazo fijado para resolverlo.

3. En uno y otro caso la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa. Contra el incumplimiento de este deber podrá deducirse reclamación en queja, que servirá también de recordatorio previo de responsabilidad personal, si hubiere lugar a ello, de la autoridad o funcionario negligente.»

Así pues, el silencio no es un acto y sí una mera ficción de tal. Dice la sentencia de 3 de julio de 1978 (2597):

«El silencio administrativo, como ha reiterado una jurisprudencia cuya notoriedad hace innecesaria cualquier cita concreta, aun en el caso de su producción automática prevista para el recurso de alzada por el artículo 125 de la LPA en relación con aquel 94.2 de la misma, no es sino una ficción legal que abre la posibilidad de impugnación de un acto que no se ha dictado, pero en beneficio de los administrados.»

En el carácter de ficción y la opción que abre insiste también la sentencia de 17 de enero de 1977 (144):

«El administrado con arreglo al artículo 126 de la LPA no sólo tiene derecho a interponer el recurso de reposición con carácter potestativo, sino, además, el de optar para acudir a esta vía jurisdiccional impugnando el acto desestimatorio tácito o el expreso, pues el silencio administrativo fue establecido para mejor tutelar los derechos de los administrados.»

La vinculación de la institución al necesario carácter revisor de la jurisdicción se pone también de manifiesto en relación con el *petitum* de lo solicitado antes y lo demandado ahora. Para poder acudir al Tribunal, recuerda la sentencia de 17 de febrero de 1979 (1194):

«es necesario, que se exteriorice, de modo específico y concreto, aquellos extremos que se estimen han sido desconocidos o conculcados, como expresión precisa de lo que debe ser rectificado o restaurado y ello sólo puede lograrse a través del escrito en el que se cristalizó la pretensión que fue sometida a la Administración incuriosa, que se abstuvo de resolver, facultando el acceso a los órganos encargados de esa salvaguardia, que necesariamente ha de actuar en su función esencialmente revisora.»

La necesidad de formalización clara de las pretensiones en vía administrativa a veces no se exige con todo rigor. Así, la sentencia de 15 de marzo de 1984 (1458), tras referir el tenor del artículo 94 LPA, dice:

«La razón de ser de esta doctrina es, pues, crear un instrumento o derecho procesal en favor del administrado peticionario, frente a la pasividad de la Administración, por lo que no puede desconocerse que en el presente caso, presentada la petición de convalidación de los estudios del primer ciclo de la Facultad de Ciencias de la Información —Sección de Periodismo y en 15 de octubre de 1975, al amparo del Decreto 2235, de 20 de julio de 1974—, denunciada la mora en 18 de mayo de 1977, y promovido recurso potestativo de alza en 22 de agosto siguiente, contra el mencionado acto administrativo presunto sin que conste haya sido resuelto expresamente hasta la fecha, no se puede aceptar la conclusión a que llega la sentencia apelada de considerar inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la denegación tácita, producida por silencio, por considerar no dictado el acto denegatorio tácito con base en no haber precisado el peticionario y recurrente en la solicitud de las asignaturas cursadas, cuya convalidación trataba de obtener, que a tal fin había sido requerido por la Administración en fecha de 28 de junio de 1979, fecha ésta que, como se ve con la simple comparación con las anteriores ya señaladas, es muy posterior a la que por silencio se deba considerar «como dictado» el acto administrativo que fue objeto de impugnación en esta vía jurisdiccional y por ello debe considerarse producido por silencio el acto impugnado, sin que tampoco sea motivo para declarar la inadmisibilidad el hecho de la suficiente falta de identificación de las asignaturas o estudios efectuados y de las asignaturas cuya convalidación trata de obtener, pues la pretensión objeto de revisión

en esta vía que se está examinando es pura y simplemente que se considere admisible el recurso y se reconozca el derecho del actor a que en aplicación del artículo 2 del Decreto de 20 de julio de 1974 por estar inscrito en el Registro Oficial de Periodistas con la plenitud de derechos profesionales en la fecha de la petición se convaliden los estudios del primer ciclo de la expresada Facultad.»

El silencio es, pues, una ficción y no un acto. No viene a cuento, por tanto, alegar vicios de forma. Así, la sentencia de 10 de diciembre de 1979 (4153):

«No es procedente subsanar el vicio procedimental derivado de la omisión del informe del Consejo de Estado, porque sin desconocer la destacada autoridad doctrinal de este Organismo, al no ser vinculante su informe para la Administración tiene esta libertad para adoptar una resolución diferente al criterio de aquél, lo que justifica en los casos de silencio administrativo que no se subsane la expresada omisión sustancial, pues la ficción legal que supone la denegación presunta por silencio ha sido establecida para dejar expedita la vía correspondiente a fin de que en ella pueda decidirse la pretensión denegatoria.»

Parecido razonamiento se contiene en la sentencia de 14 de septiembre de 1983 (5713):

«En una perspectiva general la aceptación de la tesis del apelante viene impuesta por la consideración de que el silencio administrativo negativo se construye sobre la ficción legal de considerarse producido un acto tácito desestimatorio con el objeto de impedir que la inactividad de la Administración constituya obstáculo insuperable para acceder a la vía contenciosa por falta de decisión administrativa previa, pues si ello es así resulta obligado entender que la doctrina de la nulidad de los actos administrativos por incumplimiento de formalidades esenciales es inaplicable al supuesto de actos desestimatorios tácitos.»

C) *La primera alternativa: la desestimación presunta*

La primera posibilidad es, en efecto, entender que se ha desestimado bien la petición, bien el recurso. Para las peticiones han de transcurrir tres meses, denunciarse la mora y dejar pasar otros tres. Para los recursos basta con que venza el período fijado para resolver.

Empecemos con las peticiones. Junto a la necesidad de especificación de lo que se pide, a lo que se aludió más arriba, la jurisprudencia

exige, para poder beneficiarse de esta ficción y acudir al proceso, otra serie de requisitos. De entrada, que se haya postulado del órgano competente. Dice la sentencia de 4 de enero de 1977 (83):

«Conforme a lo declarado por la Sala en sentencias de 25 de junio de 1969 (R. 3516) y 20 de febrero de 1971 (R. 588), la doctrina del silencio administrativo desestimatorio no supone la competencia del órgano al que se atribuya por el interesado el acto presunto impugnado jurisdiccionalmente, ni significa tampoco que deba presumirse aceptada la discutida competencia, imprescindible para resolver expresamente o de manera presunta el fondo de la cuestión, cuando la vía administrativa elegida arbitrariamente por el interesado conduzca a la incompetencia del Departamento que se limitó a abstenerse de dictar resolución, sin declarar su propia competencia, ni inhibirse a favor del órgano que la tenga atribuida como propia, declarándola de oficio, dada la nulidad de los actos dictados por órganos manifiestamente incompetentes, a tenor de la doctrina expuesta entre otras en la sentencia de 23 de junio de 1972 (R. 3652).»

En todo caso, y para poder beneficiarse de la ficción de acto presunto y poder demandar a la Administración ha de haberse denunciado la mora. La sentencia de 24 de mayo de 1978 (1697) declara inadmisibile el recurso contencioso-administrativo porque al faltar la denuncia de mora no hay acto impugnabile. La sentencia de 11 de febrero de 1981 (589) es explícita al respecto:

«En la dinámica del silencio administrativo, al lado de la inactividad típica de la Administración que la caracteriza, es imprescindible la actividad del administrado que ponga de relieve la falta de correspondencia entre la actividad primera y la inactividad subsiguiente.»

La necesidad de la existencia de la denuncia de la mora no es incompatible con el hecho de que no se exija una forma canónica para la misma. Valgan al respecto una serie de pronunciamientos, empezando por la sentencia de 24 de enero de 1977 (171):

«Dado que la denuncia de la mora (...) no es sino la advertencia de la Administración de que está incumpliendo la obligación de resolver la petición que se le ha dirigido impuesta por el artículo 70 de la Ley de Procedimiento, que puede formularse sin límite de tiempo con tal que sea posterior en tres meses a la petición, y que en su redacción no es exigible formulismo de ninguna clase, tiene que estimarse que cuando la Administración no

ha resuelto una petición, si ésta se reitera, cualquiera que sea el momento en que se haga, con tal que hayan transcurrido tres meses, el segundo escrito que la contiene, constituye, aunque de modo implícito, inequívocamente un recordatorio a la Administración de que debe cumplir su obligación de resolver sobre la petición inicial que se reproduce, y por tanto no se puede negar al segundo escrito el carácter de denuncia de la mora establecida como requisito previo en los repetidos artículos 38 y 94, para que el interesado pueda, transcurridos tres meses, considerar desestimada su petición y entablar frente a tal denegación presunta los recursos procedentes.»

La sentencia de 23 de enero de 1978 (138) insiste en la validez de un segundo escrito como denuncia de la mora, por ser:

«criterio más acorde con la valoración espiritualista que el legislador viene imprimiendo al Derecho Adjetivo».

Por su parte, la sentencia de 29 de noviembre de 1983 (5925) recuerda que el artículo 94.3 LPA establece el deber administrativo de resolver, y de ahí desprende:

«que no puede interpretarse de modo riguroso la falta de justificación de la denuncia de la mora, sobre todo cuando, como en el presente caso, sólo existe en el expediente, además del escrito de petición, un informe que, aunque sin fecha, por las referencias que figuran, es posterior a la manifestada denuncia de la mora, lo que indica, ante la total falta de información por parte de la Administración, que esa denuncia se ha producido».

En fin, el mismo criterio antiformalista es el que inspira la sentencia de 16 de octubre de 1984 (5655):

«La representación del Ayuntamiento niega el carácter de denuncia de mora a los referidos escritos de fecha 23 de agosto de 1977, pero no es sostenible esta postura, pues basta examinar el tenor de tales escritos para comprender que aunque no se utilice literalmente la frase "denuncia de la mora", el contexto total de los mismos es inequívoco, ya que el hecho de que se efectúen otras peticiones al Ayuntamiento no desvirtúa la clara alusión a la precedente petición de resolución contractual de 23 de febrero de 1977, y en el suplico de dichos escritos se expresa "que con independencia y entretanto no se resuelva nuestra solicitud de rescisión contractual mencionada en cuyos términos y peticiones esta Sociedad se reafirma y ratifica", se proceda a habilitar

el suplemento de crédito que se pide para cubrir los gastos de la contrata o adoptar las medidas oportunas para paliar los perjuicios derivados de la insuficiente consignación presupuestaria; insistiéndose en la urgencia de una decisión municipal sobre “las peticiones formuladas”; y (...), por tanto, lejos de innecesarios formalismos, resulta evidente que se denunció la mora mediante los escritos de referencia, y, por ende, sí existe un acto administrativo previo apto para ser objeto de decisión jurisdiccional, como se infiere de los preceptos antes dichos, y, en consecuencia, no puede prevalecer la causa de inadmisibilidad esgrimida.»

Por tanto, no formalismo en la exigencia de la denuncia de mora, aunque sí se requiere identidad o al menos semejanza en lo que se pide. La sentencia de 19 de enero de 1979 (382) analiza un segundo escrito presentado, al que niega la condición de recurso de reposición, y añade:

«que tampoco podía éste entenderse como denuncia de la mora en resolver la anterior petición dada la evidente heterogeneidad de su solicitud en la cual ni ello se menciona ni se formula petición idéntica, sino otra relativa no a la hora en sí, sino a la titularidad del terreno en que se asienta, único modo de interpretar un suplico en que se dice: “se digno acordar la reivindicación, por acción directa de la vía administrativa el trozo de terreno de uso público ocupado por la edificación a que el presente escrito se refiere y para el caso de haberse construido mediante algún acuerdo o acto municipal, que se notifique al que suscribe a los efectos pertinentes”; por lo que resulta evidente que no siendo única la posibilidad procedimental de pedir (concurren la de ambas peticiones formuladas con la posibilidad de impugnar las decisiones emitidas para desafectar el bien y permutarlo), ni idénticos o parecidos los términos empleados, no es posible dar al escrito, ni siquiera al amparo del artículo 114.2 de la LPA, otro sentido que el de petición autónoma respecto de la enjuiciada, pues ningún elemento hay para considerar que se trate de error en la calificación de un recurso, y en modo alguno tuvo lugar, ni expresa ni implícitamente, una denuncia de la mora, necesaria para que se produjese un acto denegatorio presunto en los términos del artículo 38 de la Ley de la Jurisdicción: mas aunque con evidente inexactitud interpretativa se diese al escrito este último carácter, al no haber transcurrido los tres meses exigidos entre su formulación (11 de agosto de 1972) y la del escrito inicial del proceso (10 de septiembre) faltaría igualmente un requisito para tener por desestimada la petición y constituido el acto presunto impugnabile».

Necesidad de la existencia de denuncia de mora, antiformalismo en la misma y similitud del *petitum* con el del primer escrito son, parece, las líneas directrices de la doctrina jurisprudencial; se trata, en todo caso, de líneas de contornos difusos, como también lo es la que traza el *dies a quo* y el *dies ad quem* de la carga de denunciar la mora. Una referencia al plazo, dentro de una mención sintética de requisitos, se contiene en la sentencia de 19 de diciembre de 1978 (4206):

«La reiteración de la petición puede estimarse como recordatoria del escrito inicial de petición y considerarse como denuncia de la mora en resolver, aunque no se mencione la instancia anterior siempre que el segundo escrito reúna los restantes requisitos, a saber: plazo de presentación y que sea dirigido ante el propio órgano de la Administración al que formuló la petición, pues la Ley no exige al escrito de denuncia de mora formulismo de ninguna clase, por lo que un segundo escrito relativo de la petición, presentado ante el mismo órgano, transcurridos tres meses del primero, cumple con el privilegio establecido a favor de la Administración de que pueda reconsiderar su decisión a la vez que lleva en sí implícito o sirve de recordatorio para que la Administración resuelva sobre la petición inicial.»

El primero de los requisitos mencionados, el del plazo, tampoco es objeto de un criterio jurisprudencial constante. La sentencia de 18 de octubre de 1979 (3894) se enfrenta con una denuncia de mora formulada más de dos años después de la petición, y no aprecia su posible extemporaneidad porque el artículo 94 de la LPA «no establece plazo para la denuncia de mora», expresión que debe entenderse referida a la inexistencia de *dies ad quem*.

Así pues, luego de tres meses, denuncia de mora y otros tres meses, tenemos un acto que impugnar. En el cómputo de estos términos, sin embargo, la jurisprudencia de nuevo se muestra flexible. Dice la sentencia de 16 de febrero de 1982 (962):

«En aplicación del principio antiformalista que preside la Ley de esta Jurisdicción, el silencio negativo no puede extenderse a términos tales que deje de ser institución garantizadora frente a la inactividad administrativa para convertirse en obstáculo al examen de las pretensiones de fondo, pues aunque pueda decirse que cuando se interpuso el recurso contencioso no se habría producido la denegación presunta por la no expiración del plazo trimestral subsiguiente a la denuncia de mora, no cabe mantener la misma conclusión una vez que al formalizarse la demanda pudo constatar la permanencia municipal en su inactividad formal, pues en tal fecha sí que habían transcurrido con exceso los

tres meses posteriores al escrito denunciando la mora sin que la Administración municipal demandada produjese acuerdo expreso ni lo notificase al interesado, y esta realidad aporta al proceso el necesario presupuesto del acto presunto frente al que dirigir la pretensión anulatoria, contenida precisamente en la demanda.»

La regla general de que la desestimación de la petición debe ser recurrida primero ante la Administración experimenta algún correctivo en los actos presuntos. Si el recurso a interponer es el de reposición, la misma LJCA, en su artículo 53, lo exceptúa. Y si es el de alzada, y ante el silencio de la norma, la jurisprudencia, abandonando anteriores rigores, ha acabado por recalcar en una solución salomónica, que en la práctica no conlleva nunca expiración de plazo: se trata de aplicar al acto presunto el régimen de las notificaciones defectuosas (art. 79.3 LPA). Así, la sentencia de 28 de mayo de 1983 (2610) y la de 16 de marzo de 1984 (1460).

Esto en cuanto a las peticiones. En lo que hace a recursos, como se sabe, la desestimación se presume por el mero transcurso del plazo establecido para resolver.

Así pues, sintetizando, tenemos una ficción de acto que abre las puertas de la jurisdicción. La sentencia de 7 de noviembre de 1929 (3723) aclara que esa consecuencia se produce, sin que los plazos se interrumpen, en el supuesto que la misma contemplaba, que tenía que ver con una orden de archivo de expediente dictada por órgano incompetente y no notificada al interesado.

D) *La segunda alternativa: esperar resolución expresa*

El particular puede también armarse de paciencia y, encomendándose a Dios, esperar la resolución expresa. En el caso de que la misma se pronuncie sobre un recurso de reposición, el artículo 58.2 de la LJCA limita el plazo de espera posible a un año, a contar de la fecha de interposición del indicado recurso. El plazo es así de once meses desde la desestimación presunta. La indicada limitación se hace fundar en la seguridad jurídica por la sentencia de 28 de abril de 1982 (2476). Nada se dice expresamente para el supuesto de que el recurso interpuesto fuera el de alzada, y la jurisprudencia es en los últimos tiempos menos rigurosa de lo que lo fuera antes.

E) *El problema de las resoluciones tardías*

Es jurisprudencia consolidada que la resolución expresa desestimatoria tardía reabre los plazos del recurso contencioso-administrativo: sentencia de 3 de octubre de 1977 (3693), sentencia de 26 de marzo

de 1981 (986) y sentencia de 15 de julio de 1980 (3435). Con referencia expresa a supuestos donde lo que se resolvió fue un recurso de reposición, sentencia de 26 de mayo de 1981 (2174) y sentencia de 26 de febrero de 1982 (532); en los términos de esta última, el artículo 58.1 prima sobre el 58.2, siempre de la LJCA.

Quizá menor concordia existe sobre la vinculación de esa consecuencia con la naturaleza del plazo establecido para resolver expresamente. Dice la sentencia de 17 de febrero de 1977 (637):

«Hay que rechazar, desde luego, que el acuerdo del Registro, resolviendo el recurso de reposición después de más de un año de interponerlo, esté vinculado por una nulidad radical, ya que en tal acuerdo no se da ninguna de las circunstancias que como originadoras de tal ineficacia sanciona el artículo 47 de la LPA, y además, concurren las circunstancias de consentimiento, objeto y causa, y en su caso, la forma, puesto que —con la excepción del tiempo en que se produjo— la Administración cumplió con lo establecido por los artículos 43, 79 y 117 de la LPA; tampoco puede admitirse que el acto en cuestión es anulable, ya que, según el artículo 48 de la LPA, solamente pueden ser incluidos entre los que adolecen de tales vicios aquellos actos que, no estando comprendidos en el artículo 47, sin embargo, infrinjan el ordenamiento jurídico, incluso por desviación de poder, sin que los defectos de forma puedan determinar la anulabilidad, salvo cuando se hayan omitido los requisitos formales indispensables para que el acto alcance su fin, o se haya producido indefensión de los interesados, y en el caso que se contempla, ni el hoy actor denunció defectos formales, ni alegó su indefensión ni tampoco mencionó una posible infracción del Ordenamiento Jurídico, en la que incurrió el acto, salvo en lo que se refiere a la extemporaneidad del acto (circunstancia que requiere un examen separado), por lo que el acuerdo resolutorio del recurso de reposición tampoco es anulable, ni esa anulación ha sido pedida con base en estos motivos por quien estaba legitimado para hacerlo, por lo que únicamente queda por examinar la procedencia o improcedencia del único motivo alegado por el actor, que es el de la extemporaneidad del acto, y si ésta es determinante de su anulabilidad.»

Tras reproducir los artículos 49 y 94 de la LPA y 54 de la LJCA, concluye:

«Aplicando los preceptos transcurridos al caso concreto del recurso de reposición, no se aprecia la concurrencia de un motivo de anulación por extemporaneidad en el acuerdo impugnado»

do, ya que no existe un precepto con rango de Ley o Reglamento que imponga a la Administración la obligación de dictarlo en un plazo determinado bajo sanción de nulidad, ni este plazo es de tal naturaleza que determina, precisamente, la anulabilidad del acto.»

Cualquiera se preguntaría qué ha pasado con el deber de la Administración de dictar resolución expresa que establece el artículo 94.3 de la LPA. En seguida tenemos respuesta, esta vez no ilógica:

«Hay que tener en cuenta que un precepto, con rango de Ley —cual es el párrafo 2.º del artículo 94 de la LPA— está exigiendo a la Administración que en todo caso dicte una resolución expresa, estimando o desestimando el recurso, incluso en el caso de que ésta se entienda ya desestimada por denegación presunta, e indudablemente conduciría al absurdo de exigir a la Administración que dicte un acto expreso a sabiendas de que ese acto ya nace condenado a desaparecer por vicio que lo hace anulable, por el simple hecho de haber sido dictado con evidente demora.»

Similares argumentos utiliza y a idénticos resultados llega la sentencia de 3 de julio de 1982 (4711).

Algo más equívoca, pero en el fondo coincidente, es la sentencia de 4 de noviembre de 1983 (5991), para la que sólo la adquisición efectiva de un derecho:

«sería, acaso, la que, en determinadas circunstancias, resoluciones no nulas en sí mismas, como las tardías, sino simplemente anulables —según reiteradamente proclama este Alto Tribunal—, podrían ser ineficaces en Derecho, y ello en cualquier caso cuando su invalidez procediera no de ser extemporáneas, sino por resultar contrarias al Ordenamiento específicamente aplicable».

También se ha planteado la jurisprudencia el problema de las resoluciones tardías recaídas cuando ya se había iniciado el recurso contencioso-administrativo, en especial cuando la tal resolución no es idéntica a la que, por denegación presunta, se había fingido. Veamos los pronunciamientos existentes por orden cronológico.

Así se expresa la sentencia de 18 de febrero de 1980 (997):

«La interposición del recurso contencioso contra la desestimación presunta de un recurso administrativo no hace precisa, caso de posterior resolución expresa desestimatoria, la ampliación de aquél a esta resolución extemporánea, mas, en el caso en-

juiciado, la resolución desestimatoria del recurso de alzada no se limitaba a confirmar el contenido del acto administrativo impugnado, sino que incrementaba la cuantía de la multa y la indemnización, colocando a Papelera A, S. A., ante la posibilidad de seguir dos caminos distintos, uno el de la “ampliación” prevista en el artículo 46 de la Ley jurisdiccional, otro el de la impugnación jurisdiccional del nuevo acto no tanto en cuanto cofirmatorio del anterior, sino en cuanto agravatorio de la situación derivada del mismo, vías ambas conformes con el ordenamiento jurídico, pues las dos eran idóneas para dejar constancia de que no se consentía por el administrado ni la resolución presunta de la alzada, ni la expresa, ni la “parte nueva”, que, en relación con el acto originario, la resolución expresa traía consigo.»

¿Qué pasa cuando el acto expreso no innova ni modifica nada con respecto al contenido del presunto? La sentencia de 10 de febrero de 1981 (392) sintetiza la doctrina anterior y actual:

«El Abogado del Estado plantea en primer lugar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo con apoyo legal en el artículo 82, apartado c), de la Ley de la Jurisdicción, ya que no se dirige contra el acto administrativo que decidió el asunto, y que poniendo fin a la vía administrativa tiene plena vigencia jurídica, el que no es otro que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 1974, que desestimó expresamente el recurso de reposición, y como el presente recurso fue interpuesto contra el acto presunto denegatorio la entidad demandante, que tuvo conocimiento de la resolución expresa antes de formular la demanda, debía ampliar formalmente a la resolución expresa tardía el recurso iniciado antes contra la ya causada por silencio administrativo, y que así se sostiene por la jurisprudencia en sentencias de 29 de marzo de 1965 y 9 de febrero de 1968; pero esa petición previa de la representación del Estado ha de ser rechazada porque tal doctrina del TS ha sido superada por otra —sentencias 11, 18 y 20 de mayo de 1977 (R. 2023, 2097 y 2214), 2 y 7 de febrero y 5 de diciembre de 1978 (R. 253, 582 y 4079), 6 de febrero y 13 de mayo de 1980 (R. 960 y 2802), entre otras— basada en el criterio antiformalista de la Ley Contencioso-administrativa y en la naturaleza de meros actos confirmatorios o reproductores de las resoluciones denegatorias de pretensiones de reposición, y en la que se declara que cuando la resolución expresa tardía es confirmatoria de la presunta recurrida no es necesario solicitar la ampliación, pues aquélla no constituye acto distinto de ésta, sino más bien una misma voluntad, pre-

sumida primero por la Ley y manifestada expresamente después por el competente órgano administrativo, y dada también la regla especial del artículo 55 de la Ley jurisdiccional, dictada para superar antigua doctrina jurisprudencial en los casos de recursos de reposición, que admite en principio la impugnación indistinta del acuerdo inicial, o del expreso o presunto desestimatorio de la reposición, sin perjuicio de matizaciones que surgen en la interpretación de dicho precepto, ya analizadas por la jurisprudencia en algunos supuestos, y que no se dan en el caso concreto examinado ahora.»

Así pues, opción en el caso de innovación y no necesidad de ampliación en el supuesto de confirmación estricta. Algo más restrictiva se muestra la sentencia de 28 de febrero de 1981 (522):

«Un orden lógico en el tratamiento de las cuestiones planteadas en el presente recurso, impone abordar en primer término, por su carácter procesal previo, el estudio de las dos causas de inadmisibilidad propuestas por el representante de la Administración, siendo la primera de ellas la que se articula al amparo del artículo 82, c), de la Ley reguladora de la jurisdicción, en relación con el artículo 37 de la misma, por dirigirse el recurso contra un acto que, cual el presunto denegatorio del recurso de reposición entablado, carece de vigencia en la vida jurídica, al haberse sustituido sus declaraciones por el acto expreso tardío desestimatorio de la reposición citada, pese a que fue notificado a la parte con anterioridad a la formalización de la demanda, mas al argumentar así se olvida que la acumulación por inserción de nueva pretensión en el recurso interpuesto a que se refiere el precepto últimamente citado, en principio facultativa para el recurrente, deviene sólo imperativa cuando el acto administrativo ulterior conocido reforma parcialmente el anterior, que por consiguiente queda sin contenido y sustituido por el segundo, necesitado de incluirse en el recurso para estar así sometido a las facultades revisoras del Tribunal, de conformidad con lo prevenido en el párrafo 2.º del artículo 55 de la Ley jurisdiccional, y el sentir de constante jurisprudencia, de la que son exponente las sentencias de 1 de marzo de 1973 (R. 986) y las que en ella se citan, 11 de diciembre de 1973 (R. 4411), 4 febrero de 1974 (R. 710), 19 de enero y 18 y 20 de mayo de 1977 (R. 153, 2097 y 2101) y 2 de febrero de 1978 (R. 253), y si a la luz de esta interposición jurisprudencial de los preceptos señalados examinados en el supuesto de autos, se advierte que la resolución expresa y tardía de la Administración es coincidente con la presunta,

puesto que en ambas de manera tácita o manifiesta se desestima el recurso de reposición y por consiguiente guardan una perfecta coincidencia que las identifica y exime de aquella obligada acumulación al recurso, quedando sin base por tanto la inadmisibilidad que nos ocupa cuya desestimación se impone.»

También sobre un supuesto de acto expreso que confirma en sus términos literales el presunto anterior versa la sentencia de 30 de mayo de 1981 (2016). Puede entenderse coincidente con la que se acaba de transcribir, y se expresa así:

«El Abogado del Estado estima que el recurso promovido incide en la causa de inadmisión establecida en el apartado c) del artículo 82 en relación con el artículo 37, preceptos ambos de la Ley jurisdiccional, ya que en definitiva “la acción se dirige contra un acto administrativo que carece de vigencia jurídica, al haberse sustituido sus declaraciones por las del acto expreso, acto expreso resolutorio de la reposición, llegando a esta conclusión por estimar que el recurso fue interpuesto contra un acto presunto de denegación de una petición formulada por el Excmo. Consejo de Ministros y no fue extendido el acto expreso por el que dicho Consejo resolvió el recurso confirmando la resolución recurrida” y si las pretensiones del Abogado del Estado vienen fortalecidas por la sentencia de 9 de febrero de 1968 (R. 1615), que considera que “el recurso contencioso-administrativo contra un acto presunto es realmente un principio procedente, pero esa procedencia se circunscribe al supuesto de que dicho acto presunto quede convalidado por la tácita, pues en el supuesto de que posteriormente un acto expreso lo confirme o modifique resulta preciso un nuevo impulso procesal para poderlo considerar, pues, teniendo el acto expreso consistencia resolutoria perfecta, es evidente que si no se combate también expresamente adquiere un estado de firmeza, no pudiendo ser aplicable por vía de presunción”; doctrina que comparte la sentencia dictada el 29 de marzo de 1965 (R. 1915), pero que en consecuencia, no es la que ahora mantiene esta Sala y de la que da ejemplo la sentencia de 11 de mayo de 1979 (R. 1984) y en la que se declara que la resolución desestimatoria de la reposición interpuesta, no es un acto que reúna condiciones para ser enjuiciado en este recurso contencioso-administrativo conforme a la tesis del Abogado del Estado es improcedente por no haber ejercitado el actor la facultad que le confiere el artículo 46 de la Ley jurisdiccional, o sea, que no solicitó la ampliación del recurso promovido inicialmente contra el acuerdo y la desestimación presunta de la repo-

sición promovida contra el mismo, y devenir con posterioridad a la interposición de este recurso el acto expreso posterior y distinto de los impugnados, alegación que es a todas luces equivocada —afirma la sentencia— o porque la resolución expresa denegatoria de la reposición no es distinta de la desestimación presunta impugnada en el escrito de interposición, al amparo del instituto del silencio administrativo negativo, establecido en favor de los administrados, permitiéndoles recurrir a esta vía jurisdiccional desde que transcurre el plazo legal de silencio señalado para entender desestimada la reposición el artículo 55 de la Ley jurisdiccional “permite deducir indistintamente el recurso contencioso-administrativo contra el acto objeto del de reposición, contra el desestimatorio de éste o contra ambos a la vez”, por lo que el actor, al impugnar el acuerdo objeto de reposición o contra el desestimatorio presunto de ésta, no necesitaba acudir a hacer uso de la facultad de ampliación del recurso del posterior acto expreso la facultad que el artículo 46 concede a los recurrentes para ampliar el recurso si antes de formalizar la demanda la Administración dictase algún acto que guardase relación con los impugnados en el recurso contencioso-administrativo en tramitación, se refiere a los actos posteriores que sean distintos a los iniciales del recurso por lo que debe ser rechazada esta primera alegación.»

F) *El retraso de la Administración en resolver y su sanción*

De vez en cuando el TS recuerda que el deber de dictar resolución expresa existe, aunque no mantiene la guardia muy firme en lo que hace a la exigencia de sanciones por su incumplimiento. Por lo que concierne a tal deber, dice la sentencia de 30 de mayo de 1981 (2016):

«El silencio, en este caso negativo, no es sino medio instaurado por el legislador en beneficio del administrado para permitirle, frente a la formal inactividad administrativa, el acceso a las vías de recurso, pero sin que tal “fictio” garantizadora dispense, en modo alguno, al órgano administrativo de su deber de decidir por modo expreso, según resulta de los artículos 94, número 3, y 125 de la LPA y, más precisamente en este caso, de lo dispuesto por el artículo 81, número 4, de la Ley urbanística.»

También —y entre otras muchas— la sentencia de 30 de marzo de 1984 (1454) recuerda que el artículo 94.3 de la LPA establece el deber de la Administración de dictar resolución expresa. Pero, como se ha notado, más parece que estemos ante una *naturalis obligatio* que ante

una auténtica exigencia. Así de comprensiva se muestra la sentencia de 4 de enero de 1977 (139):

«Evidentemente no respetados por la Administración los plazos señalados en los artículos 151 y 153 del Estatuto de la Propiedad Industrial (...) de ello no puede seguirse la automática concesión del registro de las marcas pretendidas, puesto que el silencio administrativo, frente al que en términos generales cabe el remedio previsto en el artículo 94 de la LPA (...), no puede entenderse positivo sin que esté así establecido por disposición expresa, según el artículo 95 del propio Ordenamiento, con la salvedad que establece respecto de los actos de fiscalización, supuesto inaplicable al caso actual, en el cual sólo cabría derivar del retraso denunciado la procedente responsabilidad disciplinaria previa constancia de tal extremo por los interesados al interponer el recurso correspondiente en vía administrativa, lo que no se hizo por la representación de la entidad actora que denunció la demora sin atender esta normativa del artículo 61.2 de aquella Ley de Procedimiento, ya que según el expediente la reposición se interpuso el 16 de diciembre de 1968, en tanto que el retraso fue denunciado “a los fines señalados en el número 2 del artículo 61 de la LPA” por escrito de 9 de octubre de 1969. El mandato del párrafo final del citado número 2 del artículo 61 de la LPA, dirigido a los tribunales que conozcan del recurso contencioso-administrativo o de las correspondientes acciones civiles o laborales que obliga a los mismos a dar cuenta de la demora, ha de entenderse conectado con la falta de justificación del retraso a que se refiere el párrafo anterior del propio artículo, lo cual impone una apreciación por la sala que se traduce, en el presente caso, en la negativa a la petición en tal sentido hecha *a la vista del trabajo que sobre el Organo examinado pesa y la conocida limitación de los medios personales y materiales con que cuenta*, lo cual no es obstáculo para que se haga constancia *genérica* del deber en que la Administración se encuentra de observar las prescripciones legales en materia de plazos y sobre todo de resolver la reposición aunque sea tardíamente conforme al apartado 2.º del artículo 94 de la LPA, cualquiera que sea el efecto que ante la Jurisdicción pueda comportar la decisión extemporánea del recurso administrativo» (la cursiva es mía).

Tan cariñosa reprimenda no puede hacer ocultar la tensión responsabilidad personal del funcionario/responsabilidad (objetiva) de la Administración, por lo demás anclada en una deficiente redacción de las normas. El artículo 94.3 de la LPA habla de la responsabilidad perso-

nal del funcionario, sin que sepamos ahora si ello se debe a que el legislador de 1958 habría olvidado que él mismo, poco antes (en 1954 y 1957), había consagrado principios muy diferentes en la materia o, más bien, al conocimiento real de que, tras la Administración y su inactividad, se ocultan personas de carne y hueso y es lógico pensar que sean ellas las que paguen, sobre todo si tiene en cuenta lo frecuente de la doblez de sus intenciones. En todo caso, el problema hoy sigue siendo sólo teórico, porque la jurisprudencia no deriva fallos condenatorios.

Incluso puede decirse que, para la jurisprudencia, el deber de dictar resolución expresa no existe frente al ciudadano, sino frente a los propios órganos judiciales. Así se expresa la sentencia de 1 de febrero de 1984 (1014):

«Preceptuado por el artículo 94.3 de la propia Ley de Procedimiento de 17 de julio de 1958 que “la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa”, es de lamentar que, en cuestión tan compleja, cual reflejan los antecedentes consignados en el anterior Considerando, la Corporación municipal demandada haya optado por la inacción y el silencio, pues el dictado de acto expreso hubiera sido sobremanera esclarecedor, tanto para el administrado como para la propia Sala en el ejercicio de su función revisora, a través de sus presumibles supuestos fácticos y motivación jurídica, sin necesidad de tener que acudir, a efectos de impugnación jurisdiccional, a la ficción del acto de denegación presunta por silencio administrativo.»

Pero volvamos a nuestro tema del sujeto responsable: ¿el funcionario o la Administración? Por lo primero se inclina la sentencia de 29 de enero de 1977 (257):

«En su caso, las consecuencias dañosas o lesivas que puedan derivarse del incumplimiento por parte de la Administración del deber primario de resolver el recurso dentro del plazo establecido, haciéndolo tardíamente y con posible menoscabo de derechos afectantes a la esfera personal o patrimonial de los interesados, o de terceros, podrán tener adecuada reparación por la vía de la responsabilidad personal de la autoridad o funcionario negligente, como taxativamente señala en su último párrafo el artículo 94 de la LPA, tema en el que sin desconocer las dificultades que en general puedan ofrecerse a los administrados para alcanzar una adecuada satisfacción, en estos casos concretos quedan totalmente simplificadas en cuanto a la realidad y evidencia de uno de los requisitos básicos exigibles en esta clase de pre-

tensiones, esto es, el elemento fáctico de la no resolución del recurso dentro de plazo, y el incumplimiento de un precepto legal, determinante de situaciones jurídicas y de hecho, mutadas (sic: ?) con quebrantamiento patrimonial al advenir la tardía resolución.»

También la sentencia de 21 de abril de 1978 (2881) recuerda que el recurso resuelto fuera de plazo

«es válido y produce sus efectos normales, dejando a salvo la responsabilidad del funcionario causante de la demora».

Por la inserción del incumplimiento del deber de dictar de resolución expresa dentro del ámbito del funcionamiento anormal de los servicios públicos, con la consecuencia de ser responsable la Administración, se manifiesta —bien que con alcance sólo retórico— la sentencia de 15 de julio de 1980 (3435):

«El retraso de la Administración supone un funcionamiento anormal de sus servicios públicos, y los daños que este anormal funcionamiento puede ocasionar a uno u otro de los titulares del conflicto privado de intereses que la resolución expresa tardía provoca, tienen que serles indemnizados por aplicación del principio de responsabilidad administrativa —artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.»

Se dijo antes que los Tribunales parecen realizar su tarea *sub specie aeternitatis*; esto es, el factor tiempo es una magnitud prescindible y lo importante es el acceso a la jurisdicción. Aunque a estas alturas tal vez resulte algo evidente, no está demás remitir a la sentencia de 4 de febrero de 1980 (1005) y también a la de 3 de junio de 1980 (3035), cuyos contenidos no es necesario transcribir, en cuanto reveladoras de tal línea tópica. Pues bien, todo lo dicho, y sobre todo la timidez en la exigencia de responsabilidad por la inactividad de la Administración, pone de manifiesto la pulsión secreta que mueve las líneas jurisprudenciales que analizamos: se parte del carácter revisor de la jurisdicción y la consiguiente necesidad de un acto previo; el instituto del silencio (hasta ahora, negativo) permite ciertamente superar tal escollo, pero las energías dejadas en la operación son tantas que el juzgador se siente extenuado para nuevas aventuras. Las referencias al principio constitucional de eficacia en la actuación administrativa brillan por su ausencia y nada encontramos tampoco que pueda parecerse a la «acción por inactividad» de otros ordenamientos. Tal vez ello se explique, en última instancia, por una cierta solidaridad entre Magistratura y Administración («entre funcionarios anda el juego», pudiera

pensarse), que provoca una recíproca corriente de comprensión y que hace que el rigor en la exigencia de los plazos a los particulares se desvanezca cuando es el poder público el que actúa. Desde luego, en una sociedad de masas como la nuestra, en la que el *tempo* de las cosas se mide de ordinario por días y aun por horas, decir que frente a la inactividad de la Administración, y tras muchos meses, todo lo que cabe es el recurso a la vía judicial «mediante la ficción del acto presunto» resulta cuando menos un escarnio. Recientemente, y al hilo de las protestas de estudiantes que porfiaban por entrar en una Universidad cuyas calidades, como se sabe, no son las mejores, recordaba en una colaboración periodística un maestro del Derecho Administrativo español que, entre nosotros, el pan de kilo no tiene que pesar más de 800 gramos. Y algo así ocurre ahora: frente a la inactividad de la Administración lo único que se consigue es la posibilidad de obtener una decisión judicial sobre el fondo del asunto, y nada más. Al final volveremos sobre todo ello.

III. SILENCIO POSITIVO

A) *Naturaleza y sentido*

La jurisprudencia sobre el silencio positivo opera sobre tres líneas directrices. Primero, se trata de una institución cuya existencia ha de interpretarse restrictivamente, lo que, entre otras cosas, significa que requiere habilitación legal expresa. Segundo, también se ordena a la garantía del particular. Pero, tercero, no opera de modo automático, sino sólo cuando se observan determinadas garantías. En síntesis, puede decirse que nos encontramos ante un instituto jurídico no simpático a la jurisprudencia. Veamos algunas declaraciones generales. Así, la sentencia de 19 de octubre de 1981 (4485) contiene los siguientes tres párrafos:

«Es principio de derecho acorde con la interpretación restrictiva que, en todo caso, ha de merecer el instituto del silencio en su vertiente afirmativa, el de que nadie puede adquirir por la tática facultades que, con arreglo a Ley, le hubieran tenido que ser denegadas en forma expresa, principio sancionado reiteradamente por la jurisprudencia y, en la actualidad, recogido en el artículo 178.3 de la tan repetida Ley» (del Suelo).

«Al constituir el silencio, en sus dos manifestaciones, una garantía del particular frente a la inactividad de la Administración, es a él a quien corresponderá la apreciación de haber surtido efecto y no a la Administración.»

«La institución del silencio administrativo positivo, como tienen reiteradamente declarado innumerables sentencias de este Tribunal, que constituyen ya un cuerpo de doctrina, y que por conocidas excusa su cita concreta, no es, en definitiva, otra cosa que un nuevo acicate y remedio contra la lentitud y pereza o inactividad administrativa, y desde luego, medida siempre grave y delicada para defender a los administrados de la pasividad de la Administración, y en todo caso, un simple remedio supletorio y de excepción de dicha actividad, cuya apreciación, por su misma excepcionalidad, requiere la adopción de un criterio restrictivo o de estricta interpretación, ya que debe en todo caso cuidarse que el acto configurado mediante esta ficción legal reúna el mínimo necesario de garantías que aseguren su inmunidad.»

La sentencia de 25 de marzo de 1981 (1747) comienza hablando del silencio negativo «como garantía de los administrados (...) de aplicación general» y luego señala:

«Por el contrario, la faceta positiva de dicha institución no puede ser generalizada, toda vez que el artículo 95 de la LPA exige la existencia para su aplicación de una habilitación legal expresa, requisito que la jurisprudencia viene con insistencia recordando e incluso limitando los efectos jurídicos que su automatismo comporta, al recordar que no es aducible la institución cuando los efectos y consecuencias que del mismo se derivan están en contradicción con los intereses generales y el ordenamiento jurídico.»

La sentencia de 23 de marzo de 1977 (2596) se expresa así:

«La institución del silencio administrativo, cuyo efecto positivo, con arreglo al tenor del artículo 32 de la Ley del Suelo, vino a aplicarse por el órgano ministerial de alzada de forma radical y absoluta, de tal suerte que por ese único fundamento resultó estimado el recurso jerárquico y aprobado el referido Plan parcial, no debe desnaturalizarse hasta el punto de servir como remedio sanador o instrumento purificador para situaciones irregulares verdaderamente reprochables por su inadecuación o Derecho.»

No menos severa se muestra la sentencia de 11 de mayo de 1977 (3059):

«El silencio positivo es una institución de nuestro Derecho, que más que acto tácito puede ser considerado como acto pu-

tativo o instrumento de efecto habilitante para acceder a la vía jurisdiccional arbitrado por la Ley para impedir que la pasividad de la Administración frustre intereses legítimos de los particulares. El presupuesto indispensable para su válida estimación se halla fundamentalmente en la total inactividad de la Administración ante una petición legalmente formulada. Su apreciación por su misma excepcionalidad requiere la adopción de criterios restrictivos o de estricta interpretación como insistentemente lo recuerda la jurisprudencia de esta Sala —sentencias de 31 de octubre de 1963 (R. 4740), 7 de noviembre de 1972 (R. 4699), 30 de marzo de 1976 (R. 2191) y la más reciente aún de 11 de febrero de 1977 (R. 1033), entre otras—, de donde inferimos que además de que el efecto que ella produciría no puede contradecir la legalidad, se impone con rigor, como requisito ineludible para su apreciación, una total abstención de la Administración, esto es, un silencio real y efectivo ante la demanda de actuación que sea exigida por la iniciativa del administrado.»

Obsérvese bien: la inactividad ha de ser total; el silencio positivo queda desvirtuado por cualquier actuación administrativa, sea legal o ilegal. Así continúa la referida decisión:

«La Administración Municipal no permaneció pasiva ante la petición de licencia, sino que antes de transcurrir el plazo de un mes de que disponía para dictar resolución, concretamente el día 13 de julio, requirió por escrito a la empresa peticionaria para que en el plazo de veinte días hábiles efectuase en los documentos aportados al expediente las correcciones necesarias a fin de acreditar el desmontaje previo de toldos y tejadillo a cuyo cumplimiento *acertada o erróneamente* se condicionaba la concesión de la licencia (...). Al desatender la empresa accionante el cumplimiento de tal requerimiento el Ayuntamiento consecuentemente procedió a denegar la licencia solicitada sin que sea oponible lo hiciese después de transcurrido el mes, ya que su actividad quedó supeditada al cumplimiento por el particular de aquello para lo que fue oportuna y válidamente requerido, de donde se deduce que fue el silencio y pasividad del administrado y no de la Administración lo que imposibilitó la ulterior actividad de ésta y habría de determinar fatalmente la denegación de la licencia aun de modo tácito por el mero incumplimiento de lo que fue ordenado y *consintió al no formular recurso* contra tal exigencia» (la cursiva es mía).

Se recordará la sentencia de 19 de octubre de 1981 (4481), antes transcrita. Pues bien, otra anterior, la de 8 de mayo de 1979 (742), se había expresado en términos muy similares:

«La institución del silencio administrativo positivo no es, en definitiva, otra cosa que un mero acicate y remedio contra la lentitud y pereza o inactividad administrativa, y medida siempre grave y delicada, para defender a los administrados de la pasividad de la Administración, y en todo caso, un simple remedio supletorio de dicha actividad, por lo que es lógico y natural que a través del mismo no pueda entenderse nunca concedido lo que era ilegal concederse expresamente, ni pueda utilizarse cuando la omisión de indeclinables cautelas puede hacer peligrar los intereses de otros administrados y los superiores de la comunidad.»

La sentencia de 23 de diciembre de 1980 (5090) insiste en el mismo orden de ideas:

«La institución del silencio positivo tiene que ser objeto, siempre, de una interpretación restrictiva, en cuanto viene a ser una excepción de la regla general (el silencio negativo) y causante, en ocasiones, de perturbaciones en los desigmos del ordenamiento jurídico.»

Terminamos esta visión general con la sentencia de 17 de diciembre de 1981 (5429):

«El silencio administrativo positivo es excepcional, porque lo que hace es conceder a la actuación de un particular los privilegios y características del acto administrativo, debido al descuido o negligencia de un funcionario de la Administración, pero la situación jurídica presuntamente consolidada al amparo del acto tácito originario, debe ceder ante la comprobación, no ya de la vulneración de la normativa aplicable al caso que se enjuicia, sino en el supuesto de vicios esenciales en la tramitación, o indefensión, porque estos supuestos han de tener primacía en la aplicación automática del silencio administrativo positivo, que no puede actuar como esponja lavadora.»

B) *Su condición de acto: el alcance revocatorio de la denegación expresa posterior*

Después veremos cómo se concretan las aludidas exigencias y garantías. Ahora interesa destacar que, dándose las mismas, lo ganado por silencio positivo tiene la naturaleza de contenido de un acto administrativo, de manera que una denegación expresa posterior es una revocación de un acto declarativo de derechos y por tanto sólo puede admitirse si se han seguido los cauces de los artículos 109 y siguientes de la LPA. La sentencia de 3 de marzo de 1978 (860) se expresa así:

«Ello supone la aplicación al caso de la doctrina establecida en la sentencia de la Sala Cuarta del TS de 29 de octubre de 1974 (R. 4191), que señala que el silencio administrativo, tanto el negativo como el positivo, “fueron creados en beneficio y protección del particular frente a la Administración para evitar a aquél los injustos perjuicios que pudieran derivársele de la no resolución o dilatación indefinida por los órganos administrativos” y que del silencio positivo, cuando su existencia es de procedente estimación, cual acaece en el caso de antes, derivan determinadas peculiaridades, cual es la relativa a que “una vez que ha tenido lugar la estimación de una pretensión por el paso del tiempo especialmente señalado, sujeta (a la propia Administración), como ha puesto de relieve la doctrina de los tratadistas de la especialidad y la propia jurisprudencia de este Alto Tribunal (con palabras textuales de la sentencia que se señala) que por conocida excusa de su cita concreta”, añadiendo la citada sentencia que “por no ser aplicable a estos casos el principio que rige en el silencio negativo de la obligatoriedad de la Administración de dictar resolución expresa, constituyendo, por el contrario (el plazo establecido), un límite a la asunción (*sic*: debe decir actuación) administrativa ulterior”, en razón a que “creando el acto (presunto) derechos subjetivos a favor de aquellos a quienes afecta la estimación, sólo puede la Administración ejercer sus facultades de revisión dentro de los cauces legales, no pudiendo ser revocados ni anulados, salvo en los casos de nulidad absoluta”, siendo de hacer notar que tanto esta sentencia como la de 16 de marzo de 1966 (R. 2252), que también sostiene la misma doctrina, establecen que “al revés de lo que ocurre con el supuesto general de silencio con signo negativo, la Administración no puede modificar mediante la emisión de un acto posterior expreso la situación jurídica creada automáticamente por el transcurso del plazo dentro del cual estaba obligada a decidir”, lo que supone, en doctrina de las dos mencionadas sentencias, que los derechos que de la resolución presunta positiva dimanar gozan de idénticas garantías de seguridad y permanencia que los declarados por acuerdo expreso y categórico.»

La sentencia de 21 de diciembre de 1979 (4475) se manifiesta en términos análogos:

«De acuerdo con el artículo 95 de la LPA, que admite excepcional y explícitamente el efecto afirmativo del silencio en materia de autorizaciones, resulta indudable que, al contrario de lo que ocurre en el supuesto general de silencio con signo negativo,

la Administración no puede modificar mediante la emisión de un acto posterior expreso la situación jurídica creada automáticamente por el transcurso del plazo dentro del cual estaba obligada a resolver, en cuya virtud los derechos subjetivos de aquélla dimanantes gozan de idénticas garantías de seguridad y permanencia que los declarados por acuerdos expresos y categóricos.»

En fin, la sentencia de 13 de octubre (4149) vuelve a coincidir:

«Los actos declarativos de derechos que se derivan del silencio positivo gozan de idénticas garantías de seguridad y permanencia que los declarados por acuerdo expreso.»

C) *Normativa aplicable y requisitos*

Es sabido que el silencio administrativo positivo tiene su *sedes materiae* entre nosotros en el artículo 95 de la LPA (y hoy también en el art. 1 del RDL 1/1986, de 16 de abril). De tales normas pudiera desprenderse que el único requisito para que opere es que los plazos transcurran, pero no es así. La jurisprudencia, de ordinario sin base normativa, ha montado todo un enjambre de escollos que vamos a estudiar ahora, bien que dejando para el final el requisito material de la conformidad de lo solicitado con el ordenamiento.

En este epígrafe y en los tres siguientes se observará el siguiente orden: requisitos generales; requisitos aplicables a las licencias; requisitos aplicables a los Planes; y requisitos de los plazos.

Empecemos por lo primero. Para situarnos en el *milieu* jurisprudencial, nada mejor que transcribir la sentencia de 24 de noviembre de 1978 (4311):

«Que es en atención a los méritos expuestos por lo que en la sentencia de 23 de junio de 1971 (R. 3841) se proclama que “el silencio positivo no es panacea que sane aquello que en sí mismo contiene el germen de su incurable enfermedad ni esponja que limpie los vicios y defectos ínsitos en la misma esencia del acto”; doctrina ya apuntada en las sentencias de 20 de mayo de 1966 (R. 2826), 27 de mayo de 1967 (R. 3073) y 31 de octubre de 1968 (R. 4891), y seguida en las de 28 de enero de 1974 (R. 653), 26 y 29 de septiembre y 4 de diciembre de 1975 (R. 3870, 4541 y 4473).»

La exigencia de requisitos se basa de nuevo en las reticencias de la jurisprudencia hacia la institución. Así, la sentencia de 10 de febrero de 1981 (587) entiende que en el caso de autos no puede jugar el silencio positivo

«habida cuenta de lo excepcional de esta figura (...) y la necesidad de interpretarla restrictivamente ante el grave riesgo que siempre supone para los intereses públicos».

Un intento de sistematización de los requisitos exigibles se encuentra en la sentencia de 14 de octubre de 1977 (3849), quien dice ser dictada «sin espíritu rigorista, y sin perjuicio en contra de esta teoría, como es lo correcto en todo el quehacer judicial», y que aunque desordenadamente, menciona los cuatro siguientes: inactividad de la Administración; la misma «ha de corresponder por entero o ser imputable al órgano administrativo competente y obligado a actuar»; no existencia de «vicios esenciales de nulidad»; y no omisión en el expediente de «un trámite importante». Algo más de claridad formal tiene la sentencia de 11 de enero de 1979 (54), de la que transcribimos el siguiente párrafo:

«Por lo que respecta al tema del silencio, su solución ha de depender de la debida conjugación de los distintos factores intervinientes o tenidos en cuenta, para que el mismo pueda ser tomado en consideración, siendo los esenciales los siguientes: 1) Inactividad de la Administración competente, cuando estaba obligada a lo contrario, en virtud de la obligación de resolver expresamente que le impone el Ordenamiento Jurídico —art. 38 de la Ley jurisdiccional, art. 94.3 de la LPA—; 2) Transcurso del plazo legal establecido para que el asunto sea resuelto (...); 3) Cómputo del plazo, especialmente en lo que concierne al día inicial y final del mismo; 4) Supuestos de interrupción del plazo, y 5) Incidencia de los posibles vicios del acto al que se refiere el silencio, para que éste pueda ser considerado válido.»

En vano, no obstante, se buscará en una sentencia el catálogo de requisitos del silencio positivo, como, en fin, tampoco se encuentra en norma alguna. Se trata de requisitos de los que se echa mano en cada caso, desenfundando precisamente aquel que en el supuesto de autos impide que pueda considerarse que hay un acto declarativo de derechos. Con tales presupuestos, pueden recogerse, de un análisis conjunto de la jurisprudencia, los siguientes seis requisitos: primero, que el acto sea real y posible; segundo, que la petición formulada fuera completa; tercero, que no existan vicios de procedimiento; cuarto, que hayan transcurrido los plazos; quinto, que la Administración haya permanecido inactiva; y sexto, que se den las condiciones previstas en la normativa específica aplicable.

Vayamos con lo primero: que el acto sea real y posible. Para la sentencia de 13 de marzo de 1979 (1200), es evidente

«como exigencia básica en cualquier enfoque de una posible aplicación del silencio positivo el que la petición se refiere a algo real y posible, ya que no cabe entender otorgada por silencio una solicitud de modificación respecto de una situación previamente inexistente o extinguida como ocurre en el caso».

En segundo lugar, se necesita una petición completa. Varios son los pronunciamientos a aludir. Así, la sentencia de 10 de octubre de 1978 (3325):

«A tenor del artículo 5 de la Orden de 16 de marzo de 1963 (dictada en cumplimiento del artículo 7 del Decreto-ley de 14 de febrero del mismo año), la apertura de un despacho de pan debía ajustarse a los requisitos enumerados en el apartado c), lo mismo si lo solicitaba un particular o un fabricante, y entre esos requisitos resaltan dos de carácter formal, en cuanto limitan su exigencia a la presentación ante el Ayuntamiento (competente para otorgar la licencia) de un certificado de la Delegación de Industria relativo a ciertos requisitos técnicos y de funcionamiento de la fábrica suministradora y un informe de la Delegación Provincial de Abastecimientos y Transportes cuando, como en este caso, se pretende que el suministro se realice por fábrica instalada fuera del término municipal, informe que además de preceptivo tiene una especial relevancia en cuanto atribuye a ese organismo la facultad de calificar la conveniencia de la instalación y si está adecuadamente atendido el suministro por las fábricas existentes en la localidad, con un efecto de fondo el otorgamiento de la licencia que la sentencia de 3 de enero de 1974 (R. 356) no duda en calificar como de competencia compartida y atribuir tanto a este documento como al de la Delegación de Industria un carácter superior al de mero trámite, que los hace exigibles como “requisito inexcusable de una válida iniciación del procedimiento de petición de licencia” implicando “una petición defectuosa” la omisión inicial de ellos, con la consecuencia de que la solicitud carecería entonces de la normal “virtualidad de iniciación del trámite”; por ello, al no poder entenderse adecuadamente iniciado el expediente, no es posible que el transcurso de los plazos previstos hubiera determinado el otorgamiento de la licencia por virtud de silencio positivo, tal como viene señalando una doctrina de esta Sala que excluye aquellos efectos en el supuesto en que la petición inicial de la licencia no puede entenderse adecuada y completamente formulada, o como dice la sentencia de 30 de marzo de 1987 (R. 2191), que “la iniciación del procedimiento esté ultimada” o la petición inicial acompañada de los documen-

tos preceptivos —sentencia de 24 de diciembre de 1964 (R. 5789)—; y sin que en estos casos sea atribuible a la Administración la falta de aplicación del apartado 4) del artículo 9.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, porque éste se refiere a la interrupción de los plazos mientras que la petición inadecuada o incompleta se opone radicalmente a la iniciación de un cómputo a estos efectos —sentencia de 17 de enero de 1975 (R. 4), que a su vez cita las de 19 de febrero y 27 de marzo de 1971 (R. 793 y 1746).»

También la sentencia de 30 de junio de 1979 (3181):

«La inicial desacomodación jurídica de ambos proyectos no sólo impedía que operasen los efectos del silencio positivo que se invoca —porque, como declaran las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1962, 24 de diciembre de 1964 (R. 5789), 1 de marzo de 1969 (R. 1335) y 20 de mayo de 1975 (R. 2739), para ello es necesario que la iniciación del procedimiento por parte del administrado esté ultimada, es decir que la petición inicial se acompañe de los documentos exigidos en cada caso—, sino también, incluso, su previa aprobación provisional.»

En sentido análogo se ordena la sentencia de 10 de marzo de 1980 (2141):

«Sin poder desconocer la existencia de sentencias que han absolutizado en demasía esta institución, sin embargo, lo correcto es no perder de vista la forma de discurrir las actuaciones, en cada caso concreto; de ahí que la misma jurisprudencia se haya negado a reconocer la producción del silencio positivo, pese al transcurso del plazo legal, e incluso declarando la no iniciación del cómputo de dicho plazo cuando, por ejemplo, la petición o el acto inicial sean inadecuados o incompletos —sentencias de 19 de febrero y 27 de marzo de 1971 (R. 793 y 1746), 17 enero 1975 (R. 4), 10 de octubre de 1978 (R. 3325).»

La sentencia de 28 de enero de 1981 (299) vincula este requisito con el anterior:

«El solo hecho probado de haber transcurrido el plazo de un mes contado de fecha a fecha con respecto a la de presentación de solicitud de licencia para la instalación de simples carteles publicitarios o de obra menor, sin que durante ese tiempo conste notificada o remitida por correo la resolución expresa con la necesaria garantía para el interesado, no basta tener por válido y efi-

caz el acto tácito de otorgamiento de licencia, pues para ello también es preciso que la petición resulte comprensiva de cuantos requisitos formales y datos situacionales o de identificación de la obra e instalación vengan establecidos en las leyes, reglamentos, ordenanzas y planes urbanísticos toda vez que de lo contrario el silencio positivo recaería sobre un vacío o contenido incompleto de solicitud que haría el acto administrativo presunto, dado su signo positivo inidóneo o de contenido imposible precisamente por su inconcreción con respecto a aquellos hechos determinantes que han de definir la autorización por silencio y cuya carencia forzosamente producirá la nulidad radical prevista en el artículo 47, apartado 1, párrafo *b*), inciso inicial, de la supletoria Ley de Procedimiento Administrativo.»

La sentencia de 24 de junio de 1981 (2778) valora así los hechos:

«En definitiva, quedaba sin concretar ante la Administración el objeto mismo del acto interventor solicitado, circunstancia que a su vez implica imposibilidad material de formación de un acto presunto de concesión de licencia ante la manifiesta y requerida inconcreción del propio objeto de la misma [art. 47, apartado 1, párrafo *b*), de la supletoria LPA].»

También debe citarse la sentencia de 5 de octubre de 1981 (4063):

«Como reiteradamente sostiene la doctrina jurisprudencial, el silencio positivo, como técnica jurídica de concesión, exige para su efectividad que el procedimiento esté ultimado; es decir, que la petición haya sido encauzada en el procedimiento legalmente previsto —sentencias del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1964 (R. 5789), 19 de junio de 1972 (R. 3536), 28 de enero y 24 de noviembre de 1974 (R. 653), etc.»

Las transcripciones podrían seguir *ad infinitum*. Baste ahora, pues, la remisión a la sentencia de 12 de diciembre de 1984 (6675), de idéntica doctrina.

El tercer requisito tiene que ver con los vicios de procedimiento. La jurisprudencia los alega de vez en cuando, aunque es obvio que, suponiendo el silencio positivo una previa inactividad de la Administración, difícilmente podrían estimarse como tales los indicados vicios sin desvirtuar la institución; por eso la alegación siempre se refiere a vicios (de ordinario, omisiones) del particular. Así, la sentencia de 26 de noviembre de 1979 (4065), de nuevo sobre una petición originariamente no documentada, y la sentencia de 16 de febrero de 1981 (628),

para la cual no puede ganarse un acto por silencio si no se denunció la mrra cuando tal carga está exigida por el Ordenamiento.

El cuarto requisito es el transcurso de plazo. Más adelante veremos algunas cuestiones específicas al respecto. Sea suficiente ahora decir que, para la sentencia de 29 de septiembre de 1981 (3939), su vencimiento constituye el primero de los requisitos formales.

En quinto lugar se exige la inactividad (como ya sabemos, total) de la Administración. La sentencia de 21 de marzo de 1980 (1040) lleva las cosas al límite de la siguiente manera:

«La parte apelante pretende que, al haber sido anulado por la Sala Territorial de Sevilla el Decreto de la Alcaldía de 13 de mayo de 1973, esta sentencia —del año 1975— debe producir sus efectos *ex nunc*, por aplicación del principio de que lo nulo no puede producir ningún efecto, y por lo tanto, entender concedida la licencia por silencio administrativo, tesis cuya sola enunciación conduce a su fracaso, puesto que se contradice en sus términos, ya que si el silencio administrativo exige un “no acto”, no puede hablarse de silencio cuando hay acto, aunque éste sea declarado posteriormente nulo.»

También sobre la necesaria inactividad de la Administración diserta la sentencia de 14 de mayo de 1985 (2920):

«La institución del silencio administrativo, en su modalidad positiva, esto es, la presunción de aprobación generada por la inactividad de la Administración durante el plazo de tiempo fijado legalmente al efecto, postula, en razón a su propia naturaleza, la presunción, o su carácter de subsidiariedad respecto de la debida actuación expresa de la Administración y a su condición de excepción de la regla general de la eficacia negativa del silencio, una lógica y exigible moderación en su aplicación, de suerte que, lejos de prodigarse los supuestos mediante una lata y benevolente apreciación de los presupuestos determinantes, debe ponderarse con estricto rigor y cuidadosa atención la concurrencia cabal de los requisitos prevenidos en la norma, lo que conduce a negar su aplicabilidad cuando, como en este caso sucede y la sentencia de primera instancia razona cumplidamente, no cabe en modo alguno dar por existente el presupuesto fundamental de la inactividad administrativa al resultar indiscutible que la Administración actuó durante el plazo legal para recabar expresamente la aportación de un documento esencial del plan sin el cual, y por exigirlo con carácter imperativo el artículo 13 de la Ley del Suelo al reputarlo elemento necesario integrante de la documen-

tación propia del plan, es legalmente inviable la tramitación del mismo.»

La sexta y última de las exigencias remite a la normativa en cada caso aplicable. A la legislación de Patrimonio Histórico-Artístico alude la sentencia de 30 de octubre de 1984 (5732):

«El silencio positivo tampoco puede operar cuando, aun transcurrido el plazo que lo determina, existe una norma legal que condiciona el otorgamiento de la licencia al cumplimiento de algún requisito —sentencias de 26 de septiembre y 11 de noviembre de 1975 (R. 3870 y 4354).»

D) *Las licencias municipales*

Ya se sabe que las licencias municipales constituyen la materia por así decir clásica de aplicación de nuestra figura, de acuerdo con el artículo 9 RSCL. También es del dominio público que sobre las mismas, sean de obras o de apertura, a veces hay sospechas de falta de probidad en el otorgamiento. Contra el referido ambiente insano y una de sus excrecencias más llamativas se alza la sentencia de 17 de marzo de 1978 (1178), que, tras citar pronunciamientos anteriores, concluye así:

«Siendo preciso, de conformidad con la doctrina que en esas resoluciones se sustente, que en la licencia solicitada se den los presupuestos legales para su concesión, y además, que la obra se realice después que la licencia resultó otorgada por silencio, pues como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1970 (art. 1.539), no cabe legalizar *a posteriori* una obra construida sin licencia, aplicando a tan dispar situación la fórmula del silencio positivo.»

Por supuesto los seis requisitos antes enumerados juegan aquí en su integridad. Existen, no obstante, algunas precisiones de interés sobre los mencionados en segundo, tercero y cuarto lugar.

En torno a la necesidad de que la petición esté completamente formulada, con acompañamiento de todos los documentos preceptivos, se pronuncia la sentencia de 5 de febrero de 1982 (836):

«Según dispone el artículo 178 de la Ley del Suelo, el procedimiento de otorgamiento de licencias de los actos de edificación y uso del suelo se ajustará a lo prevenido en la legislación de Régimen Local; remisión que obliga a acudir al artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en el que se

contiene la normativa reguladora de dicho procedimiento; éste se iniciará con la presentación del escrito en que se solicita la licencia, acompañando "proyecto técnico" con ejemplares para cada uno de los organismos que hubieren de informar la petición (art. 9.1, 1.º); exigencia derivada de la propia función y significación de la actividad administrativa realizada a través del otorgamiento de licencia, ya que ésta, manifestación típica de la potestad policial o interventora de la Administración, tiene como finalidad controlar preventivamente si el ejercicio de un derecho o actividad por un administrado se ajusta y armoniza con el interés público —en este caso el urbanístico— que el ente autorizante está llamado a tutelar, evitando así el posible perjuicio que para ese interés podría producir el ejercicio de actividades no controladas; si la razón de ser de la licencia urbanística es actuar el control de legalidad de los actos de edificación o uso del suelo, es lógico que la solicitud venga acompañada del correspondiente proyecto para permitir que la autoridad autorizante pueda realizar el necesario contraste entre lo que se pretende ejecutar y la normativa preexistente en cuyo ámbito es lícita su realización. En el caso contemplado, la petición inicial fue acompañada de un "anteproyecto" confeccionado por arquitecto, integrado por memoria y planos, al que posteriormente se adjuntó plano y memoria relativa a justificación del núcleo urbano y alturas solicitadas. Es cierto que no cabe adoptar un criterio nominalista y entender que la denominación de "anteproyecto" es bastante, por sí sola, para estimar incumplida la exigencia del artículo 9. Mas para que el llamado "anteproyecto" se considere como verdadero "proyecto" será preciso que llene y cumpla todos los requisitos y características de éste, ofreciendo todos los datos precisos para que la Administración competente pueda actuar, con cabal conocimiento, su potestad interventora de control preventivo. Y es lo cierto que, según se expresa en la resolución recurrida, el anteproyecto presentado carece de la documentación técnica precisa y necesaria en lo relativo a extremos como instalaciones de fontanería, electricidad, saneamiento, estructura, detalles constructivos, memoria de materiales, presupuesto y pliego de condiciones, documentación necesaria para comprobar y vigilar las condiciones de la edificación en cuanto a seguridad, normas higiénicas y sanitarias; esas carencias impiden que el anteproyecto funcione como auténtico proyecto, y determinan que no pueda entenderse cumplida la referida exigencia, que actúa como presupuesto necesario para el otorgamiento de la licencia.»

No distante se muestra la sentencia de 17 de enero de 1984 (130):

«Las deficiencias e incorrecciones contenidas en el proyecto no son calificables de efectos subsanables al amparo de la norma autorizante prevista en el artículo 9.1, 4.º, del Reglamento de Servicios (documentación incompleta error material del cálculo, etc.), sino que las previsiones que el proyecto rechazado contiene afectan a elementos esenciales de lo proyectado en cuanto que los errores básicos sobre los que se parte (respecto de alturas entreplantas y semisótanos habitables en calles que no se permiten por insuficiencia de latitud) inciden en las superficies y volúmenes totales, alturas, número de viviendas, etc.; y en base de tales previsiones y estudios técnicos el proyecto resulta inviable como no acomodado a Ordenanza y por ello correctos jurídicamente los acuerdos denegatorios, no quedándole al particular solicitante otra posibilidad que la de rectificar los proyectos, introduciendo las modificaciones precisas, previstos los estudios necesarios, para instar de nuevo la licencia de obra en la forma y modo legalmente establecidos.»

La sentencia de 27 de septiembre de 1984 (4687) es un insólito caso de aplicación *pro cive* de la doctrina que venimos refiriendo:

«El artículo 9.1, 4.º, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales establece que si resultaren deficiencias subsanables, se notificarán al peticionario para que en plazo de quince días pueda subsanarlas; en el caso presente ninguno de los órganos actuales hizo uso del indicado trámite, incumpliendo así el artículo 9 y con esa omisión provocó una clara indefensión del peticionario, por lo que ese incumplimiento, imputable a la Administración, no puede traducirse, en perjuicio del administrado, en fundamento de la denegación o de la no adquisición de la licencia por silencio positivo.»

El segundo bloque de sentencias a citar aquí alude a los vicios de procedimiento en el sentido del tercer requisito visto en el punto anterior. La primera decisión a citar es la sentencia de 20 de febrero de 1980 (1273) que, en el procedimiento de licencias de apertura para actividades calificadas, recuerda que es necesario denunciar la mora:

«En la dinámica jurídica del silencio administrativo no se puede olvidar que para que pudiera operar a favor del actor como pretende, al lado de la inactividad típica de la Administración que la caracteriza es imprescindible la actividad del administrado que ponga de relieve la falta de correspondencia entre la actividad primera y la actividad subsiguiente, siendo de advertir que aquella actividad que debió ejercitar el recurrente en lugar

de resaltar baldías lamentaciones *a posteriori*, además de legítima en el caso de autos venía amparada en una norma que hubiera provocado si de ella se hubiera hecho uso, a resolver a la Administración sobre lo que se solicitó en su día, y es entonces, si la Administración requerida no resolviera cuando la Ley establece una interpretación a ese silencio, con la finalidad que es lo primordial de esta institución de no mantener al administrado indefinidamente en la inseguridad de no conocer la resolución que se da a su solicitud, de ahí que encontrándonos ante una actividad sometida en cuanto a su normativa a lo estatuido en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, como quiera que el número 4 del artículo 33 de su ordenamiento establece que transcurridos cuatro meses desde la fecha de la solicitud de la licencia sin que hubiese recaído resolución ni la misma se hubiese notificado al interesado, podrá éste denunciar la mora simultáneamente ante el Ayuntamiento y la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, y transcurridos dos meses desde la denuncia, podrá considerarla otorgada la licencia, por silencio administrativo, se colige *a sensu contrario* que si el actor la mora no denunció, la alegación esgrimida de presunta concesión de licencia por silencio positivo al devenir inoperante y extemporánea por carecer de base, ha de ser rechazada.»

Similares argumentos contiene la sentencia de 26 de febrero de 1982 (1685), ahora sobre una licencia de obras:

«La subrogación de la Comisión Provincial de Urbanismo establecida en el número 7, a), del artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, no se produce automáticamente, sino cuando por dicha Comisión se reclama la facultad municipal de conceder licencias de obras y de ello tiene conocimiento el Ayuntamiento respectivo, pudiendo éste, entretanto no sucede, seguir actuando y resolver sobre la materia con validez y con la sola irregularidad de la extemporaneidad, lo que, a tenor del artículo 49 de la LPA, no implica nulidad del acuerdo.»

En fin, la sentencia de 15 de marzo de 1984 (137) versa de nuevo sobre la licencia de actividades clasificadas:

«Siendo requisito indispensable (...) la simultánea denuncia de la mora ante el Ayuntamiento y la citada Comisión, como recuerdan las sentencias de esta Sala de 20 de diciembre de 1980 y 22 de marzo de 1983 (R. 1505), en el caso de autos no consta

que se acudiera también a este último organismo con dicha finalidad.»

Como ya se ha dicho, no tendría sentido hablar de vicios de procedimiento, o de omisión de trámites por la Administración, en la figura en que nos encontramos. Pero la sentencia de 2 de febrero de 1982 (695) es de otro criterio, demostrando que, en efecto, cualquier límite a la capacidad de asombro del estudioso queda en seguida pulverizado:

«En el caso que nos ocupa no puede decirse que el Ayuntamiento de Cornellá fuese remiso en resolver la petición formulada por don Jorge S. P. en nombre de la entidad «VPSA» de licencia municipal de apertura de un despacho de pan, dado que la autorización solicitada no podía concederla sin previo informe favorable de la Jefatura Provincial de Comercio Interior, informe que a tenor de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 3 del Real Decreto 1675/1977, de 17 de junio, es de considerar preceptivo para que el Ayuntamiento pudiese otorgar la autorización interesada; Real Decreto el citado que derogando la norma de igual rango de 13 de enero de 1977, en tanto se oponga a lo por él establecido, acorde con lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto 378/1977, de 25 de febrero, sobre medidas liberalizadoras en materia de instalación, ampliación y traslado de industrias, prescribe en el número 2 de su artículo 3 “la autorización de nuevos establecimientos dedicados exclusivamente a la venta de pan y productos a los que se refiere el párrafo 1.º del artículo 11 del Decreto 542/1976, de 5 de marzo, que se pudiesen solicitar en las provincias o términos municipales cuya red comercial y de distribución se esté reestructurando serán autorizados por los correspondientes Ayuntamientos, previo informe favorable de la Jefatura Provincial de Comercio Interior, que vigilará que estas autorizaciones estén de acuerdo con las directrices que a este fin se establezcan en el correspondiente plan de reestructuración comercial, las que en todo caso preveerán que las mismas no pueden afectar al necesario abastecimiento, especialmente a las necesidades de nuevos barrios o ampliaciones de los existentes”; informe el de la Jefatura Provincial de Comercio Interior, que por lo expuesto no puede considerarse como mero trámite, sino como condición esencial para que el otorgamiento de la autorización municipal de nuevo establecimiento dedicado exclusivamente a la venta de pan, impidiendo su falta, entre en juego la técnica autorizatoria del silencio positivo, toda vez que la petición que a ella podría dar lugar, no se encuentra rodeada de

los requisitos que la legislación específica en la materia exige para que pueda concederse la licencia que se solicita.»

El último punto a tratar ahora, correlativo al cuarto de los requisitos generales, es el del plazo. Al respecto, la sentencia de 29 de octubre de 1979 (3957) recuerda y aplica el sentido restrictivo de la institución, y la sentencia de 3 de junio de 1981 (2505), apoyándose en jurisprudencia anterior, fija que el plazo debe ser computado de fecha a fecha.

E) *Los Planes de Urbanismo*

La segunda materia de importancia en la que juega el silencio positivo es la aprobación definitiva (antes por el Estado, hoy por la Comunidad Autónoma) de las Planes de Urbanismo. También aquí se exige que el expediente, completo —sentencia de 28 de abril de 1978 (1869)—, se haya remitido precisamente al órgano competente: sentencia de 23 de enero de 1978 (513); sentencia de 16 de febrero de 1978 (977); y sentencia de 15 de abril de 1978 (1591).

F) *Los plazos legales*

De cuanto tiene que ver con los plazos legales hemos prescindido ahora, y llegado es ya el momento de ocuparse del problema. En dos puntos nos hemos de detener: la determinación del *dies ad quem* (en principio, puede adelantarse, el de la notificación) y los efectos de la interrupción de los términos.

Vayamos a lo primero. Es contundente la sentencia de 7 de febrero de 1978 (577):

«A este efecto lo único relevante es la notificación y no la resolución y por ello si la notificación no se ha producido dentro del plazo de seis meses se entenderá aprobado definitivamente el Plan por silencio administrativo.»

Similar (y también referida a Planes) es la sentencia de 27 de junio de 1979 (2991).

Algo diferente se muestra la sentencia de 27 de octubre de 1979 (3543), esta vez sobre licencias:

«El acuerdo desestimatorio se produjo en la sesión celebrada por dicho organismo el 5 de abril de 1973, procediéndose seguidamente a la notificación al interesado por medio de certificado

con acuse de recibo, constando el depósito en Correos el día 7 del mismo, a la vez que documentalmente se prueba que tanto la Administración, autora del acto, como el Servicio de Correos cumplieron las exigencias legales prescritas en los artículos 63, números 3 y 80, y concordantes de la LPA y artículos 251, números 3 y 269, del Reglamento del Servicio de 14 de mayo de 1964, por lo que si el certificado llegó con retraso a poder del actor —notificado (al retirarlo en lista de correos el día 11 siguiente)— a él exclusivamente resulta imputable la demora por cuanto el traslado o alteración del domicilio para notificaciones (de la calle Recogidas, núm. 15, a Carrera del Genil) sin darlo a saber a la Administración para constancia en el expediente y sin existencia de persona alguna en el domicilio indicado en las dos ocasiones del día 9 en que el cartero acudió para entregar el certificado (efectuando el depósito del aviso en el buzón) no puede suponer soporte de la aducida “notificación” tardía, ya que la Administración cumplió escrupulosamente, dentro del plazo legal del mes, todos los requisitos establecidos y el conocimiento retrasado del acuerdo denegatorio no puede trasladarlo el actor a persona extraña alguna al ser debido a su negligente actuación que por aplicación de la doctrina de los actos propios debe asumir con todas sus consecuencias.»

Tal decisión es excepcional, como corresponde al supuesto de autos. Mucho más frecuente es encontrarse con pronunciamientos como los de la sentencia de 17 de marzo de 1981 (1280), que se ve obligada a puntualizar

«de acuerdo con las sentencias de 23 de julio y 22 de octubre de 1980 (R. 3440 y 5119) y 20 de enero de 1981 (R. 1980), que al calcular de fecha a fecha los plazos fijados por meses, aunque no se cuente el día determinante del cómputo, por comenzar éste al siguiente, el término concluye en igual fecha del mes correspondiente».

El *dies ad quem* es, como se notó, el de la notificación. Para la aprobación definitiva de los Planes, así lo corrobora la sentencia de 13 de diciembre de 1984 (6537):

«Procede confirmar la anulación declarada en la sentencia apelada respecto de las modificaciones introducidas por la Administración en el Plan aprobado provisionalmente por el Municipio toda vez que la efectiva realización del supuesto de hecho normativo contemplado por el artículo 32.2 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 —y también en el Ordenamiento vigente

literalmente reproducido y transcrito por el artículo 41.2 del Texto Refundido de 9 de abril de 1976—, debe operar necesariamente el efecto jurídico anudado por la Ley al mismo, esto es, la aprobación por silencio administrativo en los propios términos de la aprobación provisional municipal, sin que, y tal y como reiterada y uniformemente se ha declarado por el Tribunal Supremo en sentencias de 29 de mayo de 1970 (R. 3000), 16 de mayo de 1973 (R. 2127), 16 de enero y 16 de febrero de 1974 (R. 413 y 831) y 11 de junio de 1975 (R. 3463), pueda sostenerse que el deber de comunicar que la Ley impone a la Administración, y cuya no realización efectiva en el plazo fijado genera el hecho jurídico de la aprobación por silencio administrativo, queda completamente cumplido con la expedición de la comunicación, sino que tal cumplimiento perfecto requiere indispensablemente la producción del efecto propio y esencial que constituye la *ratio essendi* de la notificación, esto es, el convencimiento del destinatario como cierre y culminación natural del iter iniciado con la expedición.»

Para licencias municipales es también rotunda la sentencia de 3 de julio de 1985 (3601). Según la pretensión del Abogado del Estado apelante contra una primera sentencia adversa, «un retraso en la notificación de acuerdo denegatorio no puede justificar la aplicación del silencio administrativo positivo». Pues bien, tal alegación

«debe ser rechazada, por cuanto el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en su artículo 9, punto 7.º, se refiere literalmente y de forma inequívoca a la fecha de notificación y no a la del acuerdo».

El segundo de los puntos a tratar ahora tiene que ver con los efectos de las interrupciones del plazo. Pues bien, se trata de un término de caducidad y no de prescripción, por lo que, una vez reanudado, no ha de volverse a contar desde el inicio. No deja lugar a dudas la sentencia de 24 de octubre de 1978 (3871):

«Como enseña la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1976 (R. 413), el plazo de seis meses es de caducidad y no de prescripción, constituye un hecho jurídico y no un acto, cuya eficacia no está relacionada con la voluntad, sino con el transcurso del plazo legalmente fijado, añadiendo que la interrupción del silencio en virtud de acuerdo de la Comisión Municipal de Urbanismo que señaló deficiencias en el plan provisionalmente aprobado por la Corporación Municipal no produce el efecto de tener que iniciar nuevamente el cómputo de la totalidad del

plazo, pues tan sólo supone la paralización del plazo durante el tiempo que el expediente se encuentra fuera del ámbito de intervención del órgano resolutorio, volviendo a correr el plazo por el tiempo que reste una vez ingresado de nuevo el expediente en la Comisión Provincial, pues sería contrario a la institución del silencio que la Administración dispusiese de facultades de producir sucesivos actos de interrupción del plazo del silencio para comenzar a computar el taxativo plazo fijado por la norma legal una y otra vez hasta el infinito.»

Otras decisiones jurisprudenciales aluden a la interrupción del plazo que se produce cuando la Administración requiere al solicitante para que complete los documentos: sentencias de 26 de septiembre de 1981 (3846), de 6 de febrero de 1984 (1030), de 9 de abril de 1984 (1984) y de 10 de abril de 1984 (1989).

Algo diferente es la sentencia de 9 de abril de 1984 (1983). Aquí la interrupción del plazo se produce por acto dirigido no al solicitante, sino a otra Administración Pública:

«De la relación de hechos expuesta anteriormente se desprende que el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife remitió al Delegado Provincial del Ministerio de Cultura el expediente en que se tramitaba la licencia antes de que se hubiese denunciado la mora por el interesado, lo que comporta que aquel acto produjera un efecto interruptorio del plazo establecido en el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales para la operatividad del silencio, y ello en razón a lo establecido en el artículo 17 de la Ley de 13 de mayo de 1933, que indica que una vez incoado el expediente para la declaración de un edificio como monumento histórico-artístico, no podrá derribarse, o lo que es lo mismo, concederse licencia para su demolición, bien sea en forma expresa, o bien en virtud de silencio (otra cosa sería que ya se hubiese producido éste por el cumplimiento de todos sus requisitos, en cuyo caso la licencia así obtenida quedará suspendida en su eficacia hasta que se resuelva el expediente del referido artículo 17).»

G) *El contenido del acto obtenido por silencio*

Es sabido que, para unos, el acto obtenido por silencio es eficaz sea cual sea su contenido (primacía de la seguridad jurídica sobre la legalidad). Para otros, no es admisible en aquello que sea contrario a Derecho (primacía de la legalidad sobre la seguridad jurídica). Un tercer grupo, en fin, se sitúa entre ambas posturas y entiende que de lo

que se haya ganado por esta vía sólo es inadmisibile aquello que sea constitutivo de nulidad de pleno derecho. También es conocido que el artículo 178.3 LS sirve hoy de base a los que abogan por la segunda de las soluciones.

La jurisprudencia, como es natural esperar, nunca ha visto con simpatía la primera de las soluciones, aunque tampoco es fácil decir si se ha inclinado por la segunda o por la tercera alternativa; la noción de «nulidad de pleno derecho» es bastante menos clara de lo que debiera y, además, el propio artículo 178.3 LS se utiliza a veces en un sentido amplio (no se puede obtener por silencio lo ilegal) y otras en un sentido más restringido (no se puede obtener por silencio lo que la ley entiende como nulo de pleno derecho). En fin, los pronunciamientos suelen adobarse con otras consideraciones, de manera que es difícil separar la *ratio decidendi* del mero *obiter dictum*.

En pro de la idea de que el principio de legalidad prima siempre sobre cualquier otra consideración se sitúan, entre otras muchas, las siguientes decisiones: sentencias de 11 de febrero de 1977 (1033), de 12 de diciembre de 1977 (5071), de 25 de abril de 1978 (1863), de 24 de noviembre de 1978 (4311), de 22 de diciembre de 1978 (4588), de 8 de mayo de 1979 (742), de 31 de diciembre de 1980 (996), de 17 de febrero de 1981 (677), de 17 de febrero de 1981 (1131), de 24 de febrero de 1981 (1150), de 26 de marzo de 1981 (1425), de 31 de marzo de 1981 (1433), de 2 de mayo de 1981 (2918), de 5 de mayo de 1981 (2023), de 19 de mayo de 1981 (2075), de 16 de octubre de 1981 (2693), de 30 de junio de 1981 (2781), de 15 de octubre de 1981 (4475), de 22 de enero de 1982 (295), de 26 de febrero de 1982 (1638), de 30 de marzo de 1982 (2358), de 7 de junio de 1984 (4622), de 3 de junio de 1985 (3206) y de 3 de junio de 1985 (3207). Como es lógico, muchas de estas sentencias citan otras anteriores.

Menos rigurosos en las exigencias del principio de legalidad se muestran otros pronunciamientos que, como se dijo anteriormente, entienden que sólo la nulidad de pleno derecho es el límite al contenido del acto obtenido por silencio. Así, sentencia de 24 de febrero de 1977 (1159):

«Sólo frente a una nulidad de pleno derecho podemos hallar un obstáculo o límite válido a la plena y normal virtualidad operativa del silencio positivo.»

En idéntico sentido, sentencias de 24 de octubre de 1978 (3871), de 24 de diciembre de 1979 (4740) y de 22 de octubre de 1981 (4622).

Pero la cosa no queda en la polaridad ilegalidad sin más *versus* ilegalidad constitutiva de nulidad de pleno derecho; la jurisprudencia aún ha encontrado una situación intermedia entre ambas, en la que se in-

cluyen las irregularidades «manifiestas» u «ostensibles». Por supuesto la concreción de esos criterios es difícil, pero no puede aquí dejar de darse cuenta de la indicada línea decisonal, que además reclama para sí la jurisprudencia anterior y aun el artículo 178.3 LS. Así, sentencia de 11 de junio de 1979 (2703), en un Considerando de la Sala de instancia que el TS hace suyo, dice así:

«La jurisprudencia, con criterio unánime, últimamente en sentencias de 2 de marzo y 17 de octubre de 1973 (R. 1008 y 3650) y 28 de enero de 1974 (R. 653), así como las que en ellas se citan, ha puesto de manifiesto la imposibilidad de que resulte otorgado por silencio lo que está *manifiestamente* prohibido por el Ordenamiento Jurídico» (la cursiva es mía).

En el Considerando siguiente, ahora de su propia cosecha, el Tribunal Supremo se expresa así:

«El motivo que se aduce como fundamento de la pretensión de apelación no logra desvirtuar la tesis mantenida por la sentencia impugnada al rechazar la aplicación del silencio positivo como técnica autorizatoria, dado que partiendo del dato cierto consistente en que el local donde se pretende instalar la oficina urbana a que se refiere la licencia discutida fue construida al margen y con infracción *notoria* de las previsiones del Plan parcial vigente en la zona, la no aplicación del silencio positivo —en un caso en que la remodelación del sector ha sido ya acordada por la autoridad municipal en el acuerdo plenario de 17 de julio de 1973— encuentra su apoyo no sólo en la doctrina jurisprudencial que la Sala de Instancia cita que corroboran las sentencias de la Sala de este Tribunal de 28 de enero, 14 de febrero, 26 y 29 septiembre y 4 diciembre 1975 (R. 700, 974, 3870, 4541 y 4473), etc., sino también y principalmente en lo preceptuado en el párrafo 3.º del artículo 178 de la Ley del Suelo en su nueva redacción jurisprudencial muy definido, tal como resalta la sentencia de la Sala de 1 de diciembre de 1975 (R. 4977)» (la cursiva es mía).

De análogo tenor son las siguientes decisiones: sentencias de 3 de noviembre de 1979 (3781) [«La jurisprudencia (...) ha puesto de manifiesto la imposibilidad de que resulte otorgado por silencio lo que está *manifiestamente* prohibido por el Ordenamiento Jurídico»]; de 27 de noviembre de 1979 (4066), de idéntica redacción; de 13 de febrero de 1980 (1799), *id.* de 23 de junio de 1980 (3340) [«Una abundante jurisprudencia ha venido proclamando la imposibilidad de ganarse por silencio, lo que es imposible de conseguir de la Administración de for-

ma expresa, debido a la oposición *manifiesta* del Ordenamiento Jurídico —sentencias de 23 de junio de 1971 (R. 3841), de 28 de enero de 1974 (R. 653), de 26 y 29 de septiembre y 4 de diciembre de 1975 (R. 3870, 4541, 4473)—, doctrina que ha venido a ser respaldada, y muy explícitamente, por el legislador (art. 178 texto refundido de la Ley del Suelo, de 9 de abril de 1976)]; y de 8 de octubre de 1980 (5177) (El silencio positivo «no puede servir para obtener lo que manifiestamente está prohibido por la Ley») (la cursiva es mía).

De nuevo con similares argumentos se expresa la sentencia de 31 de marzo de 1981 (5022):

«Es patente que nos encontramos ante un supuesto importante y de *notoria* ilegalidad al pretender instalar un colegio en un local en planta baja (previsto en el proyecto de construcción para oficinas) de 500 m² de superficie, en edificio destinado a viviendas y 400 alumnos cuando la Ordenanza aplicable —3.ª categoría, 2.ª— permite solamente tal actividad en beneficio exclusivo, con lo cual se evidencia encontrarnos ante un supuesto *frontalmente* opuesto a lo previsto en la ordenación urbanística aplicable y, en consecuencia, la no aplicación del silencio positivo como técnica autorizatoria (por resultar *palmaria* la ilegalidad de lo pretendido) encuentra su apoyo no sólo en la doctrina jurisprudencial que la Sala de instancia cita y que corroboran las sentencias de este Tribunal de 28 de enero de 1975 (R. 653), de 26 y 29 de septiembre y de 4 de diciembre de 1975 (R. 3870, 4541 y 4473), de 11 de junio y 3 de noviembre de 1979 (R. 2703 y 3781), etcétera, sino también y principalmente en lo preceptuado en el párrafo 3.º del artículo 178 de la Ley del Suelo y artículo 5.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística, que dan rango legal a un criterio jurisprudencial muy definido, tal como resltan las sentencias de esta Sala de 1 de diciembre de 1975 (R. 4470), 11 de junio y 3 de noviembre de 1979, etc.» (la cursiva es mía).

En el mismo sentido son de citar las sentencias de 27 de mayo de 1982 (4145) y de 17 de enero de 1984 (130).

IV. REFLEXIONES FINALES

Ya se adelantó al inicio que esta jurisprudencia no merece un juicio positivo. La imagen que de la Administración se desprende de ella tiene muy poco —nada— que ver con lo que debe ser la Administración servicial de la sociedad de masas de nuestros días; por supuesto, no hay ningún dato de conexión entre la inactividad formal y la inac-

tividad material de la Administración (que es hoy, cabalmente, el problema) y, en fin, cuanto se refiere a sus actuaciones prestacionales queda muy lejos del *pathos* jurisprudencial.

Pero es que además hay otro tema; y es que si la Administración es lenta, no lo es menos el Poder Judicial, que, en dos instancias, tarda varios años en zanjar la controversia. Mientras tanto la pelota sigue en el tejado, bien es cierto; pero sólo en la forma, porque en la realidad de las cosas un triunfo tardío es sólo una victoria moral. El artículo 24 CE vincula el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a que los pleitos se despachen «sin dilaciones indebidas». Quizá con el agobio de trabajo que pesa sobre los órganos jurisdiccionales los pasos no se pueden acelerar; pero el Derecho español conoce técnicas para obligar a la Administración a ser eficaz de las que hasta ahora no se ha hecho uso y que resultan indispensables en la lucha por el Estado social y democrático de Derecho. Mientras tanto, es el ciudadano (el contribuyente, además) el que siempre sale perdiendo.

